



L'affaire de la viande bovine irlandaise

Catherine del Cont, Valérie Pironon

► To cite this version:

Catherine del Cont, Valérie Pironon. L'affaire de la viande bovine irlandaise. La production et la commercialisation des denrées alimentaires et le droit du marché, Dec 2009, Nantes, France. pp.96-119. hal-00925527

HAL Id: hal-00925527

<https://hal.science/hal-00925527>

Submitted on 8 Jan 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Ires Journées Louis Lorvellec (3-4 déc. 2009)
La production et la commercialisation des denrées alimentaires
et le droit du marché

L'AFFAIRE DE LA VIANDE BOVINE IRLANDAISE*

Catherine DEL CONT,
Maître de conférences à l'Université de Nantes,

Valérie PIRONON,
Professeur à l'Université Paris Sud¹

Le 20 novembre 2008, il y a à peine plus d'un an, la Cour de justice de l'Union européenne (la CJCE à l'époque) rendait un arrêt relatif à la restructuration du marché irlandais de la transformation de viande bovine. L'arrêt a été abondamment commenté², y compris par des intervenants présents à cette table ronde. Pourtant, il semble intéressant d'y revenir aujourd'hui encore pour les besoins de notre réflexion sur le droit du marché et le commerce des produits agricoles (*lato sensu*). Bien que l'arrêt ait été rendu en 2008, il concerne en effet la crise du secteur bovin, née de la crise sanitaire de la vache folle et de la crise structurelle qui s'en est suivie. Plus précisément, il traduit la difficile prise en considération de la spécificité agricole par le droit de la concurrence. Question toujours ô combien d'actualité dans le contexte actuel de réforme des marchés agricoles mais aussi de crises économiques, sanitaires, environnementales, climatiques...

Dans un tel décor, l'affaire de la viande bovine irlandaise illustre une nouvelle rencontre manquée entre droit de la concurrence et droit agroalimentaire. En l'espèce, un accord horizontal conclu entre les transformateurs irlandais de viande bovine et soutenu par les pouvoirs publics avait pour objet de limiter la surproduction en encourageant une partie des entreprises du secteur (abattage et découpage) à en sortir. Afin d'assurer l'efficacité de l'opération, les « sortants » s'engageaient dans le même temps à neutraliser leurs capacités de production en restreignant, pendant quelques années, non seulement leur liberté d'en disposer (du moins en Irlande) mais aussi leur liberté d'exploiter ces mêmes installations. En contrepartie, les « sortants » obtenaient une « indemnité de départ » (prime à la sortie) versée par une société alimentée par les « restants » (la BIDS). C'est ce que l'on a appelé les accords BIDS (du nom de la société pivot de l'opération).

* Le programme Lascaux est un programme européen entant dans le cadre du 7e PCRD - Programme spécifique "IDEES" – ERC (Conseil Européen de la Recherche) – *Grant agreement for Advanced Investigator Grant* (Sciences sociales, 2008). Il porte sur le nouveau droit agroalimentaire européen, examiné à l'aune des problématiques de la sécurité alimentaire, du développement durable et du commerce international. Il est dirigé par François Collart Dutilleul, professeur à l'Université de Nantes et membre de l'Institut universitaire de France (pour plus d'informations, consulter le site de Lascaux : <http://www.droit-aliments-terre.eu/>).

Les recherches menant aux présents résultats ont bénéficié d'un soutien financier du Centre européen de la recherche au titre du septième programme-cadre de la Communauté européenne (7e PC / 2007-2013) en vertu de la convention de subvention CER n° 230400.

¹ Cet article a été publié in *Revue Lamy Concurrence*, oct.-déc. 2010, n° 25, p. 106. Le style oral a été conservé pour l'essentiel.

² CJCE 20 novembre 2008, aff. C-209/07 ; Europe 2009-1 p.29, note L. Idot ; RDC 2009-1 p.113, note L. Idot ; JDI 2009-3 p.695, note C. Prieto ; Revue de droit rural 2009-10 p.14, obs. D. Gadbin ; Gaz. Pal. 2009-3 p.20, note J. Vialens ; LPA 3 février 2009, note P. Arhel.



3^{es} Journées Louis Lorvellec (3-4 déc. 2009)
La production et la commercialisation des denrées alimentaires
et le droit du marché

Notifié à l'autorité de concurrence irlandaise, l'un de ces accords fut qualifié de restriction de concurrence *par l'objet* et transmis à la *High Court* irlandaise en vue de poursuites. La juridiction irlandaise devait pourtant rejeter cette demande³. Saisie de l'affaire, la Cour suprême irlandaise préféra interroger la CJCE : convenait-il ou non de qualifier un tel accord d'entente illicite *par l'objet* au sens de l'article 81§1 du (désormais défunt) Traité CE (101§1 TFUE)?

La question ne manquait pas d'enjeux bien sûr. Il importe en effet de rappeler que lorsqu'un accord est restrictif de concurrence par son objet même, ses effets anticoncurrentiels n'ont pas à être démontrés pour qu'il soit qualifié d'entente illicite, ce qui allège d'autant la charge probatoire de l'autorité de concurrence ou, le cas échéant, de la victime. En théorie, l'accord demeure éligible à l'exemption il est vrai, mais à charge pour les entreprises d'en démontrer le bilan économique positif. Sachant que l'exemption des ententes nouées dans le secteur agricole est rarement accordée en pratique, la Cour savait donc également qu'en qualifiant les accords BIDS de restriction de concurrence par l'objet, elle condamnait de fait toute intervention horizontale sur le marché, fût-ce un marché agricole, fût-ce un marché de crise.

Dans le droit fil des conclusions de son avocat général, c'est pourtant cette voie que la Cour de justice emprunte. Pour elle, les accords BIDS s'analysent bien comme des restrictions de concurrence par l'objet et partant comme des ententes anticoncurrentielles au sens de l'article 81§1 du Traité CE. De nature à entretenir l'amertume des spécialistes de la question agricole, cette réponse cinglante n'a pas davantage convaincu la doctrine la plus autorisée du droit de la concurrence⁴. Un auteur a même qualifié l'argument de « simpliste »⁵. Certes, la marge de manœuvre dont disposait la Cour était réduite dans la mesure où elle était saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de la notion d'objet anticoncurrentiel. Elle n'avait donc pas à se prononcer sur l'éligibilité des accords BIDS à l'exemption, encore moins à réaliser un arbitrage entre politique de la concurrence et politique agricole. Parce qu'elle fait fi de ce contexte, la réponse formelle, voire mécanique, apportée par la Cour à la question qui lui était posée n'en est pas moins critiquable au plan technique (I). D'un point de vue politique, ses implications sont considérables. Plus dogmatique que pragmatique, la Cour les ignore dans une très large mesure (II).

I. - D'un point de vue technique (terrain auquel se cantonne la CJCE), l'arrêt consacre une approche formaliste (et mécaniste) de la restriction de concurrence qui semble en parfait décalage avec l'approche substantielle qui est privilégiée en droit économique. Plus concrètement, il va même – nous dit un auteur – « *à contre-courant de l'analyse dominante en droit de la concurrence, qui insiste au contraire sur l'importance d'une analyse des effets* »⁶. En réalité, c'est moins la conception large de la restriction de concurrence par l'objet (A), que la qualification juridique des faits litigieux (B) qui est discutable en l'espèce.

³ Sur la particularité du système irlandais, v. le *Competition Act* de 2002 disponible sur le site de l'Autorité irlandaise de concurrence, <http://www.tca.ie/>

⁴ V. en particulier les observations de L. Idot et C. Prieto sous l'arrêt.

⁵ L. Idot, note à la RDC, préc., spéc. p.116.

⁶ *Ibid.*



1^{res} Journées Louis Lorvellec (3-4 déc. 2009)
La production et la commercialisation des denrées alimentaires
et le droit du marché

A.- La Cour rappelle d'abord qu'une collusion s'analyse comme une entente au sens de l'article 81§1 du Traité CE (101§1 TFUE) lorsqu'elle a pour objet *ou* pour effet de restreindre la concurrence sur le marché européen. Lorsque l'objet anticoncurrentiel est établi, il est constant que le lien de cause à effet (anticoncurrentiel) n'a pas à l'être⁷. La question de savoir ce qu'il faut entendre par restriction de concurrence par l'objet est donc déterminante.

Refoulant une conception étroite de la restriction de concurrence par l'objet, la Cour refuse en l'espèce de la cantonner aux accords qui sont *par nature* restrictifs de concurrence, par exemple les accords tarifaires ou les accords de répartition des marchés⁸. La Cour admet à l'inverse qu'un accord qui n'est pas par nature restrictif de concurrence puisse, en raison de ses objectifs et de son contenu, s'analyser - dans son contexte économique et juridique - comme une restriction de concurrence par l'objet. L'arrêt inaugure en cela un courant jurisprudentiel favorable à une conception large de cette notion⁹.

En pratique, cette conception large de l'objet anticoncurrentiel a pour effet d'alléger la charge probatoire de l'autorité de concurrence sur le terrain de l'article 81§1 (101§1 TFUE) pour la reporter, au stade de l'application de l'article 81§3 (101§3 TFUE), sur les entreprises poursuivies. Plus fondamentalement, on a observé qu'elle pourrait traduire un retour aux sources ordo-libérales du droit européen de la concurrence¹⁰. Soit ; mais même à admettre que la restriction de concurrence par l'objet doive être conçue largement, les accords BIDS en offraient-ils vraiment une illustration ?

B.- On peut effectivement se demander si pris dans leur contexte, les accords BIDS avaient bien – par leur objectif et leur contenu – un objet anticoncurrentiel. Répondant par l'affirmative, la Cour conclut à l'objet anticoncurrentiel du contrat de sortie - c'est-à-dire de l'accord prévoyant l'indemnisation des « sortants » par les entreprises restant sur le marché - *et* des restrictions à l'utilisation et à la disposition des capacités, c'est-à-dire de la clause aux termes de laquelle les « sortants » s'engageaient à mettre hors d'usage leurs équipements ou à ne les vendre qu'en dehors de l'Irlande, de celle les obligeant à mettre en « jachère » les terrains sur lesquels ces équipements étaient situés pendant 5 ans, sans compter la clause de non concurrence envers les « restants » pendant 2 années. Reposant sur des affirmations péremptoires et peut-être même contradictoires, cette analyse ne convainc guère.

L'objectif des accords BIDS consistait en effet non pas à restreindre la concurrence mais à rationaliser l'offre en réduisant les surcapacités du secteur, ce que nul ne contestait. A cette fin, il organisait la sortie de certaines entreprises du marché, c'est-à-dire finalement la

⁷ CJCE 30 juin 1966 (LTM), aff. 56/65 ; CJCE 13 juillet 1966 (Grundig et Consten), aff. 56/64 et 58/64.

⁸ Restrictions caractérisées et *hard core* cartels. V. Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JOUE n° C 101 du 27 avril 2004, pts 19 et s.

⁹ V. CJCE 4 juin 2009 (T-Mobile Netherlands), Europe 2009-8/9, comm. 323, note L.Idot ; Concurrences 2009-3, p.79, obs. M.D. ; RDC 2009-4, p.1401, chr. L. Idot ; CCC 2009-7, comm. 197, note G. Decocq ; LPA 31 décembre 2009, n°261, p.7, chr. P. Arhel ; TPICE 9 juillet 2009 (Automobiles Peugeot SA), aff. T-450/05 ; Europe 2009-10, comm. 370, obs. L.I. ; CCC 2009-8/9, comm. 226, note G. Decocq ; RLC 2009-10, n°21, p.26, obs. M. Chagny ; Concurrences 2009-4, p.96, obs. M.D. ; CJCE 6 octobre 2009 (GlaxoSmithKline), aff. jtes C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P et C-519/06P ; Europe 2009-12, comm. 463, note L. Idot ; CCC 2009-12, comm. 29, note G. Decocq.

¹⁰ V. Les obs. respectives de D. Brault et L. Idot à propos de l'arrêt GlaxosmithKline, notes préc. V. également L. Idot, « Le retour de l'objet anticoncurrentiel... », Concurrences 2009-4, Editorial p.1.



Ires Journées Louis Lorvellec (3-4 déc. 2009)
La production et la commercialisation des denrées alimentaires
et le droit du marché

concentration du marché (par d'autres moyens que la concentration des entreprises) et non la limitation de la liberté d'action des entreprises restantes (qui disposent au contraire d'une marge de manœuvre plus grande si le marché n'est pas saturé). Plus généralement, l'accord était indissociable de la crise éprouvée dans le secteur considéré, ce qui était en toute hypothèse de nature à démentir l'objet anticoncurrentiel de l'accord. Bref, même à retenir une conception large des accords restrictifs de concurrence par l'objet, il est douteux que les accords litigieux puissent être qualifiés comme tels, sauf à hypertrophier cette catégorie et à ressusciter la notion d'infraction *per se* en droit européen de la concurrence. En somme, la recherche des effets anticoncurrentiels du contrat de sortie s'imposait. Peut-être aurait-elle été fructueuse. En tous cas, l'autorité de concurrence n'aurait pas dû être autorisée par la Cour à s'en dispenser. Cette analyse doit-elle être démentie par la présence dans les accords BIDS de clauses restreignant l'utilisation et la disposition des capacités par les « sortants » ? Nous ne le pensons pas. Fussent-elles restrictives de concurrence, ces clauses auraient dû être analysées comme des restrictions accessoires, lesquelles suivent à ce titre le sort de l'accord principal¹¹. Bref, la qualification des accords BIDS comme restriction de concurrence par l'objet semble plus relever de la pétition de principe que d'une démonstration parfaitement conforme aux règles du genre.

On pourrait également souligner que l'arrêt semble se contredire lui-même, à moins qu'il n'omette de tirer toutes les conséquences de ses propres analyses, sur deux points au moins. D'un côté, l'arrêt relève en effet que les transformateurs auraient pu, « *pour améliorer leur rentabilité, intensifier leur rivalité commerciale ou recourir à des opérations de concentration* »¹². Or, en limitant le nombre d'entreprises sur le marché, l'accord opérait précisément, on l'a dit, une concentration du secteur permettant non seulement de limiter la surcapacité mais aussi d'organiser une meilleure résistance de l'offre face à la puissance d'achat des quatre distributeurs irlandais. Lorsqu'elle encourage les entreprises à se concentrer, la Cour se réfère donc à une conception formelle de la concentration, une concentration des structures de type « *big is beautiful* ». Substantiellement pourtant, les accords opèrent une concentration de l'offre dans ce secteur, mais cela est jugé répréhensible ... en soi. Or, on retrouve un raisonnement similaire dans l'avis de l'autorité française relatif au secteur laitier¹³. Mais il y a plus. D'un autre côté, l'arrêt se prononce en effet en faveur de la prise en compte du contexte, ce qui est parfaitement classique¹⁴. Ce qui est plus surprenant en revanche, c'est que la Cour prétende procéder à une analyse *in concreto* sans tenir compte du fait qu'il s'agit d'un contexte de crise et d'un contexte agricole. On

¹¹ « Si, sur la base de ces principes, on parvient à la conclusion que la principale opération couverte par l'accord ne restreint pas la concurrence, il n'est plus nécessaire d'examiner si les restrictions individuelles contenues dans l'accord sont également compatibles avec l'article 81, paragraphe 1, dans la mesure où elles sont accessoires à l'opération principale, non restrictive », Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, préc. pt 28.

¹² Point 35 de l'arrêt.

¹³ En effet, parmi les préconisations de l'Autorité se trouve la concentration de l'offre, concentration structurelle, (de la production laitière) dans de grandes entités - sur le modèle danois ou hollandais - pour faire face à la puissance d'achat des transformateurs et distributeurs, la concentration contractuelle étant considérée comme emportant un « risque juridique » de censure sur le terrain des ententes, Avis 09-A-48 de l'Autorité de la concurrence du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier, spéc. § 104 à 108.

¹⁴ « Pour apprécier si un accord doit être considéré comme altérant le jeu de la concurrence, il convient d'examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux », Communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, préc. pt 17.



Ires Journées Louis Lorvellec (3-4 déc. 2009)
La production et la commercialisation des denrées alimentaires
et le droit du marché

pourrait en conclure au retour du dogmatisme, voire à la promotion du caractère autoréférentiel du droit de la concurrence¹⁵, avec toutes les conséquences qui s'en infèrent sur le terrain de la politique de la concurrence.

II.- Sur un terrain plus politique, l'arrêt est indigent. Certes, on ne peut reprocher à la Cour de ne pas avoir répondu à des questions qui ne lui ont pas été posées comme la question déterminante en l'espèce de l'éligibilité des accords BIDS à l'exemption¹⁶. On peut en revanche déplorer qu'elle ait répondu à la question technique posée sans se préoccuper des spécificités du marché considéré, l'avocat général allant même jusqu'à relever que la pression concurrentielle est plus forte dans un marché à fortes surcapacités¹⁷. De là quelques questions sur les enseignements à tirer de cet arrêt – plus précisément de ce qu'il dit et de ce qu'il ne dit pas – sur les rapports entre politique de concurrence et situation de crise d'une part, politique de la concurrence et politique agricole, d'autre part.

A. - Quant aux rapports entre politique de la concurrence et situation de crise, l'avocat général semble d'abord nier qu'ils soient en cause en l'espèce en relevant que les surcapacités ne sont pas dues à la crise du secteur mais à une politique de multiplication des exploitations par le passé¹⁸ sans même analyser les difficultés propres à la filière bovine. Il n'en rappelle pas moins plus loin que les situations de crise *conjoncturelle ou structurelle* sont indifférentes au droit de la concurrence¹⁹, sauf à ce que les conditions de l'exemption soient réunies. L'observation est conforme à la politique actuelle de la Cour²⁰. Mais si la notion de crise n'est pas fonctionnelle en droit de la concurrence, sauf pour atténuer les sanctions encourues²¹, elle n'en constitue pas moins un élément du contexte qui aurait mérité d'être relevé. En effet, les filières bovines en Europe, et particulièrement en Irlande, ont été durement affectées par la crise dite de la « vache folle »²². La crise sanitaire, qui a touché en premier lieu la production, a eu des effets néfastes sur l'ensemble de la filière. La forte baisse de consommation de viande bovine sur les marchés européens, principaux débouchés des producteurs et transformateurs irlandais, a par effet d'entraînement conduit à une crise de la transformation et de la commercialisation. Ainsi, la crise n'était pas simplement conjoncturelle mais aussi structurelle, voire « systémique »...²³

¹⁵ On entend par caractère autoréférentiel l'absence de prise en considération de données étrangères à la politique de concurrence.

¹⁶ La pratique de l'*obiter dictum* aurait néanmoins pu être employée pour donner une indication à cet égard.

¹⁷ Point 68 des conclusions.

¹⁸ Point 6 des conclusions.

¹⁹ Point 96 des conclusions.

²⁰ V. cet arrêt. *Adde* CJCE 18 décembre 2008, aff. C-101/07 et TPICE 13 décembre 2006, aff. T-217/03 (viande bovine française).

²¹ V. TPICE 25 octobre 2005 (Danone), aff. T-38/02.

²² V. notamment L. Lorvellec, *Ecrits de droit rural et agroalimentaire*, Dalloz, 2002, p. 417 ; P. Baralon, P. Duneton, M. Hirsch, F. Noiville, *L'affolante histoire de la vache folle*, Balland, 1996.

²³ Par effet « boule de neige ». C'est par ce motif et sur le fondement de l'article 87§3 b) du Traité CE (107§3 b) TFUE) qui permet à la Commission d'autoriser les aides destinées à « remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre » qu'ont été autorisées les aides au secteur bancaire dans un contexte de crise financière. V. Communication de la Commission, Application des règles en matière d'aides d'Etat aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise financière mondiale, JOUE n°C270 du 25 octobre 2008 ; Communication de la Commission, Cadre communautaire temporaire pour les aides d'Etat destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle, JOUE n°C83 du 7 avril 2009. V. également F. Brunet, article préc.



Tres Journées Louis Lorvellec (3-4 déc. 2009)
La production et la commercialisation des denrées alimentaires
et le droit du marché

A la lumière de ces éléments, les accords pouvaient difficilement être regardés comme anticoncurrentiels par leur objet sauf à considérer, comme semble le faire l'avocat général²⁴, que « *les problèmes de surcapacités sont inhérents à notre système économique et doivent pouvoir être normalement résolus par le simple fonctionnement du marché* »²⁵. Les accords BIDS avaient notamment pour objet de réaliser une adaptation concertée de l'offre aux conditions du marché et de répartir les coûts de cette réduction de surcapacité. Par le passé, de tels accords de réduction concertée des capacités de production ont pu bénéficier des exemptions de l'article 81§3²⁶. On songe notamment à la décision « briques hollandaises » dont les faits ne sont pas sans présenter certaines similitudes avec ceux de l'affaire « viande bovine irlandaise »²⁷. Depuis lors, cette position de la Commission en matière de réduction concertée des capacités n'a été ni infirmée ni confirmée²⁸. Or, compte tenu du nombre croissant de filières agricoles en difficulté²⁹, la prise en compte du contexte de crise dans la mise en œuvre de l'interdiction des ententes mérite d'être clarifiée.

Le secteur agricole a longtemps bénéficié de règles spécifiques, particulièrement en matière de prix et de régulation des volumes de production³⁰ ; les réformes en cours et à venir de la Politique Agricole Commune (PAC) remettent en cause les soutiens aux prix et les mécanismes de maîtrise des productions, soumettant de plus en plus l'agriculture au droit commun des affaires³¹. Sous l'effet conjugué des réformes et de la pression concurrentielle internationale, certaines filières pourraient ainsi être amenées à conclure des accords de nature à ajuster l'offre de production à la demande. Tel pourrait être le cas de la filière laitière dans l'attente d'une réponse de l'Union européenne à la crise actuelle. Plus précisément, la disparition à l'horizon 2015 des quotas qui sont des instruments de maîtrise de la production, devrait inciter les producteurs et/ou associations de producteurs à conclure des accords horizontaux d'ajustement des capacités de production. De tels accords seraient de nature à répondre, au moins pour partie, aux besoins clairement mis en évidence par l'Autorité de la concurrence de rationalisation de la production voire de concentration de l'offre, en vue de

²⁴ Point 68 des conclusions.

²⁵ F. Brunet, « Le droit de la concurrence face aux défis de la crise mondiale », RLC 2009-7, n°20, p.104.

²⁶ Déc. Comm. CE n°84/380/CEE du 4 juillet 1984, aff.IV/30.810 (Fibres synthétiques), JOCE n°L207 du 2 août 1984 ; Déc. comm CE n°94/296 du 29 avril 1994, aff.IV/34.456 (Stiching Baksteen), dite « Briques hollandaises », JOCE n°L131 du 26 mai 1994. Sur la question des accords multilatéraux de réduction de capacités en période crise, v. F. Brunet, article préc.

²⁷ En l'espèce, les producteurs de briques hollandais avaient conclu un accord de réduction de leurs surcapacités de production avec fermeture de certaines unités de production. L'accord prévoyait également la création d'un fonds de compensation et une interdiction de créer de nouvelles unités de production pour une durée de 5 ans.

²⁸ Il convient de noter que les lignes directrices actuelles relatives aux accords de coopération horizontale ignorent les accords de réduction des capacités en période de crise.

²⁹ On songe plus particulièrement à la filière laitière ou encore à la filière des fruits et légumes. Sur la situation de ces secteurs, v. Avis du Conseil de la concurrence n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes et avis de l'Autorité de la Concurrence du 2 octobre 2009 relatif au fonctionnement du secteur laitier préc., ainsi que l'exposé des motifs du projet de loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche présenté au Sénat le 13 janvier 2010.

³⁰ V. D. Bianchi, *La politique agricole commune, toute la PAC, rien d'autre que la PAC*, Ed. Bruylant, 2006, spec. n°74 à 80.

³¹ Sur l'évolution de la PAC et les différentes réformes, *ibid*, introduction n°I à XIV. Sur la réforme à l'horizon 2013, v. M. Baudouin, « Le bilan de santé de la PAC », *Revue de droit rural* 2009-8/9, p. 28.



Tres Journées Louis Lorvellec (3-4 déc. 2009)
La production et la commercialisation des denrées alimentaires
et le droit du marché

renforcer celle-ci face à la puissance des transformateurs et de la grande distribution³². C'est ce que l'on appelle la « contractualisation ».

Face aux crises et aux défis auxquels est soumise l'agriculture, l'éligibilité de tels accords de crise à l'exemption de l'article 101§3 TFUE devrait être précisée, et ce d'autant plus que la contractualisation est présentée tant par l'Autorité de concurrence que le projet de loi de modernisation de l'Agriculture comme un élément essentiel de réponse aux crises et de régulation du secteur³³. Il s'agit donc d'un moment clé pour clarifier les rapports entre politique de concurrence et politique agricole.

B.- Quant aux rapports entre politique de la concurrence et politique agricole, l'affaire de la viande bovine irlandaise nous renvoie d'abord à la vieille question de la concurrence comme moyen ou comme condition du bien-être. Elle évoque ensuite le vieux débat entre la concurrence pure et parfaite et la concurrence efficace sur un marché donné. A première vue, elle s'inscrit également dans un mouvement qui consiste à gommer les particularités sectorielles, notamment dans les règlements³⁴. A y regarder de plus près, on peut même se demander si les pratiques du secteur agricole ne sont pas jugées plus sévèrement que les pratiques des autres secteurs.

Plus précisément, la décision conduit à s'interroger sur la compatibilité entre politique de concurrence et politique agricole, particulièrement s'agissant des pratiques anticoncurrentielles. En effet, les objectifs de la PAC tels que définis à l'article 33 du Traité CE (article 39 TFUE) (assurer un accroissement de la productivité, garantir un niveau de vie équitable à la population agricole, stabiliser les marchés, assurer la sécurité des approvisionnements et des prix raisonnables pour les consommateurs) peuvent entrer en conflit avec la politique de concurrence. Fort heureusement, on ne retient pas une conception de la concurrence pure et parfaite mais plutôt une conception ordo-libérale de la concurrence dans laquelle le principe de liberté de concurrence peut être tempéré par des exigences de justice sociale³⁵. L'article 2§1 des règlements n°26/62 et 1184/2006³⁶ prévoit ainsi que « *L'article 81, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 1er du présent règlement qui font partie intégrante d'une organisation nationale de marché ou qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 33 du traité* ». Si « *le marché commun s'étend à l'agriculture et au commerce des produits agricoles* »³⁷, les objectifs de la PAC peuvent donc en théorie être pris en considération et

³² Avis précité ; v. également le Rapport d'information du Sénat fait au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire sur l'avis de l'Autorité de la concurrence, 30 octobre 2009, J.P. Emorine et G. Bailly Sénat, N°73, 2009.

³³ V. le projet de loi précité ainsi que l'avis de l'Autorité de la concurrence précité sur la filière laitière, spéc. pts 109 à 126. Le recours à des contrats de longue durée (de 2 à 5 ans) entre producteurs et entre producteurs et transformateurs est une piste de solution envisagée pour faire face, d'une part, au risque de surproduction avec la disparition des quotas à l'horizon 2015, et d'autre part, rééquilibrer les relations commerciales avec la grande distribution.

³⁴ Sauf en France où les deux seuls règlements d'exemption adoptés l'ont été en matière agricole.

³⁵ V. A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008.

³⁶ Règlement n°26/62 du 4 avril 1962 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles, JOCE n°L30 du 20 avril 1962. Ce règlement a ensuite été remplacé à l'identique par le règlement n°1184/2006 du 24 juillet 2006 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles, JOUE n°L214 du 4 août 2006.

³⁷ Article 32 du TCE, article 38 TFUE.



Tres Journées Louis Lorvellec (3-4 déc. 2009)
La production et la commercialisation des denrées alimentaires
et le droit du marché

atténuer la rigueur des règles de concurrence. Mais en pratique, tel ne semble pas toujours être le cas, loin s'en faut.

La Cour de justice a certes, à plusieurs reprises, affirmé la possibilité de limiter l'application des règles de concurrence en matière agricole sur la base du règlement³⁸. Tout en affirmant que les règles de la PAC pouvaient s'appliquer de préférence aux règles de concurrence, la CJCE a très rapidement adopté une interprétation restrictive de l'article 2 du règlement 26/62 et apporté de sérieuses limites à la possibilité de déroger aux règles de concurrence. Elle a ainsi énoncé, dans la célèbre affaire Maïzena, que « *les mesures prises doivent laisser subsister des possibilités non négligeables de concurrence au niveau des prix, des conditions de vente et de la qualité* »³⁹. Les mesures dérogatoires doivent ainsi laisser subsister un certain niveau de concurrence mais aussi garantir la réalisation de l'ensemble des objectifs de la PAC. La Cour considère en effet que les conditions d'exonération de l'article 2 devant être interprétées de manière restrictive, les parties requérantes doivent démontrer en quoi « *leur accord (peut) être nécessaire pour accroître la productivité, (... et) assurer un niveau de vie équitable* »⁴⁰. Il faut donc que tous les objectifs de la PAC soient satisfaits pour que l'accord puisse bénéficier de l'exonération. La politique agricole ne prime pas sur la politique de concurrence. Bien au contraire. L'agriculture est soumise à une double contrainte : l'exonération ne peut être accordée que si la pratique en cause est nécessaire pour atteindre tous les objectifs de la PAC et, condition cumulative, si les conditions de l'exemption de l'article 81§3 (101§3 TFUE) sont réunies. Cette double contrainte a encore été confirmée dans l'Affaire viande bovine française⁴¹. Une telle rigueur pouvait aisément se comprendre lorsque la PAC était le terrain privilégié de l'interventionnisme public sur les marchés à travers principalement les soutiens aux prix et la maîtrise des volumes de production. Toutefois, à la lumière des réformes actuelles et à venir une telle rigueur devient plus discutable et la double exigence se conçoit désormais beaucoup moins bien⁴².

A s'en tenir à la seule position défendue par la Cour et l'avocat général, la situation de crise structurelle du secteur agricole ne pourrait être prise en compte, ce qui illustre une fois encore la difficile prise en considération des spécificités du secteur agricole par le droit de la concurrence. Au moment où le projet de loi de modernisation de l'agriculture est en discussion, elle présente aussi le mérite de susciter la réflexion sur la (ré)conciliation de l'agriculture et des règles de concurrence.

³⁸ « *Le Conseil peut limiter l'application des règles de concurrence à des produits et établir un régime de concurrence spécifique pour d'autres* », CJCE 29 novembre 1978 (*Pigs marketing Boards*), aff. 83/78, Rec. p.2347, pt 57; CJCE 26 juin 1979 (*Pigs and bacon*), aff.177/78. *Adde* D. Bianchi, ouvrage préc. spéc. n° 232 à 234.

³⁹ CJCE 29 octobre 1980 (*Maïzena c/ Conseil des Communautés européennes*, aff.139/79, Rec.1979, p.3393).

⁴⁰ « *Frubo* », CJCE 25 juillet 1974 (*Nederlandse Vereniging voor fruit, Nederlandse Bond van groeniers c/ Commission des Communautés européennes*), aff.71/74.

⁴¹ Affaire préc. pt 203. *Adde* CJCE 12 décembre 1995 (*Oude Luttikhuis*) aff.C-399/95.

⁴² A. Iannarelli, *La concorrenza e l'agricoltura nell'attuale esperienza europea : una relazione speciale*, *Rivista di diritto agrario*, 2009, p. 592.